

Europees Internationaal Privaatrecht

Codificatie van het Nederlandse ipr of het vastleggen van een nationaal navigatiesysteem voor internationale vliegroutes

Invoering van Boek 10 BW manoeuvrerend langs en door de Europese aswolken heen

Prof. dr. V. Van Den Eeckhout*

Het proces van codificatie van het Nederlandse ipr nadert de eindfase: aan het Nederlandse Burgerlijk Wetboek wordt weldra een tiende boek, waarin ipr-regels zijn vervat, toegevoegd. De recente dynamiek van Europeanisatie van het ipr heeft de Nederlandse wetgever er niet van weerhouden de nationale codificatie van het ipr door te zetten. De ipr-beoefenaar zal evenwel bij hanteling van Boek 10 BW bedacht moeten zijn op dit ingrijpende en voortdurende proces van Europeanisatie van het ipr.

Wetsvoorstel Boek 10 Burgerlijk Wetboek (Internationaal Privaatrecht), Kamerstukken II 2009/10, 32 137

Inleiding: de slotfase van het proces van codificatie van het Nederlandse internationaal privaatrecht

Op 18 september 2009 werd Wetsvoorstel Boek 10 Burgerlijk Wetboek ingediend bij de Tweede Kamer.¹ Het wetgevingsproces tot invoering van dit Boek 10 BW is op het ogenblik van het schrijven van deze bijdrage – november 2010 – nog niet volledig afgerond, maar het wetsvoorstel is in september 2010 wel al aangenomen door de Tweede Kamer en ligt nu bij de Eerste Kamer;

op 23 november 2010 vond het voorbereidend onderzoek door de Eerste Kamercommissie voor Justitie plaats. Door middel van invoering van Boek 10 BW wordt in Nederland een codificatie van het internationaal privaatrecht (ipr) doorgevoerd.

Nederland is niet het eerste land binnen de EU dat het ipr codificeert. Zo werd bijvoorbeeld in België het codificatieproces al in 2004 afgerond, na slechts enkele jaren voorbereiding. In Nederland was men toen al tientallen jaren bezig met het proces van codificatie van het ipr² en was nog niet voorzienbaar wanneer de eindfase van het Nederlandse ipr-codificatieproces zou worden ingezet door middel van indiening van een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer. Die situatie in de verhouding Nederland-België bracht de Nederlandse ipr-hoogleraar Polak er een paar jaar geleden toe om op theatrale en dramatische wijze te spreken over ‘het verdriet van Nederland’.³ Maar nu lijkt dan toch ook in Nederland de laatste hobbel genomen; verwacht wordt dat de codex mogelijk al in 2011, zo niet dan toch alleszins in 2012 in werking zal treden.

In deze bijdrage zal ik een korte presentatie verzorgen van deze codificatie van het Nederlandse ipr. In wat

7

* Prof. dr. V. Van Den Eeckhout is verbonden aan de Universiteit Leiden en de Universiteit Antwerpen.

1. Wetsvoorstel Boek 10 Burgerlijk Wetboek (Internationaal Privaatrecht), Kamerstukken II 2009/10, 32 137.

2. Over de langdurige totstandkomingsgeschiedenis van de Nederlandse codificatie, zie de memorie van toelichting bij Wetsvoorstel Boek 10 Burgerlijk Wetboek (Kamerstukken II 2009/10, 32 137, nr. 3), evenals H.U. Jessurun D'Oliveira, 'Is een codificatie van het Nederlands IPR nog zinvol? Oftewel, geloven we nog in Boek 10 BW?', *NTBR* 2005/9, p. 425-428.

3. Dit in een artikel in een Belgisch-Nederlands tijdschrift over het proces van codificatie van het Nederlandse ipr, zie M.V. Polak, 'Het verdriet van Nederland? Het Belgische Wetboek Internationaal Privaatrecht', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2007, p. 1767-1791. Zie ook over de vergelijking met België H.U. Jessurun D'Oliveira, 'Is een codificatie van het Nederlands IPR nog zinvol? Oftewel, geloven we nog in Boek 10 BW?', *NTBR* 2005/9, p. 425-428 (p. 428).

volgt zal ik weliswaar niet artikel na artikel van Boek 10 BW overlopen en becommentariëren – voor een dergelijke bespreking verwijs ik naar de vele publicaties over Boek 10 BW die reeds voorhanden zijn, onder andere in themanummers over Boek 10 BW in het *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht* en het *Maandblad voor Vermogensrecht* evenals in opeenvolgende nummers van het *WPNR*. In die tijdschriften worden, bijvoorbeeld, de regels van toepasselijk recht van Boek 10 BW in diverse familierechtelijke materies (huwelijk, huwelijksgoederenrecht enz.) besproken, of nog, de regels van toepasselijk recht van Boek 10 BW inzake vennootschapsrecht, vertegenwoordiging, trustrecht, onrechtmatige daad en zeerecht.⁴ Zelf zal ik hierna veeleer aangeven welke dynamieken aan de gang zijn – waarbij ik tussendoor wel ook een aantal inhoudelijke aspecten van Boek 10 BW aanstip. Meer bepaald zal ik de Nederlandse ipr-codex kort situeren in de dynamiek van Europeanisatie van het ipr.

Dat zich dezer jaren een ophefmakend proces voltrekt van Europeanisatie van het ipr, zal de in het ipr geïnteresseerde lezer van dit tijdschrift niet ontgaan zijn: in het *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* werd de voorbije jaren vaak aandacht besteed aan het proces van inmenging van Europa in het ipr, dit door het regelmatig signaleren en bespreken van zowel Europese ipr-regelgeving als ipr-uitspraken van het Hof van Justitie.⁵ Dat Europese proces is op gang gekomen na het Verdrag van Amsterdam. Overigens zijn de bevoegdheden van de Europese instanties nog verder uitgebreid na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon – zie de ruime formulering van ipr-bevoegdheidsgronden in artikel 81 VWEU evenals de, in vergelijking met de situatie voor inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon verruimde bevoegdheden van het Hof van Justitie in ipr-zaken.⁶ Eerder vergeleek ik deze Europese inmenging al met een klimopplant die op grillige wijze door en over het nationale ipr kronkelt.⁷ In het codificatieproces is de Nederlandse wetgever nu dus, via een poging tot versteviging van het nationale ipr-bouwwerk, als het ware ‘van binnenuit’ aan het werk. Zoals hierna zal blijken, moet men er zich daarbij wel bewust van zijn dat de reeds aanwezige klimopgroei niet meer verwijderd kan

worden, integendeel, de klimopplant groeit en woekert ondertussen onverminderd verder.

Toen destijds⁸ gestart werd met het proces van codificatie van het Nederlandse ipr, was nog niet voorzienbaar dat die Europese ipr-dynamiek zou gaan spelen.⁹ Onderkenning van deze ontwikkeling van de voorbije jaren heeft de Nederlandse wetgever er in de slotfase van het proces van codificatie van het ipr niet van weerhouden de nationale ipr-codificatie verder door te zetten, ook al werd, in 2005, door Jessurun D'Oliveira betwijfeld of het nog zinvol was een nationale codificatie door te voeren in deze tijden van Europeanisatie van het ipr.¹⁰ Maar voor degene die Boek 10 BW uiteindelijk zal moeten toepassen is bij raadpleging van Boek 10 BW wel degelijk besef nodig van dit fenomeen.

Boek 10 BW: *What's new?* Consolideren van aanbouwwetgeving vanuit een streefdoel van bevordering van toegankelijkheid van het ipr

De Nederlandse wetgever moge dan al een geheel nieuw boek hebben willen toevoegen aan de reeds bestaande boeken van het BW, op inhoudelijk vlak is niet veel vernieuwing te verwachten van dit Boek 10 BW. De Nederlandse ipr-codificatie zoals die zich momenteel voltrekt, is immers niet zozeer bedoeld als een herziening van het huidige ipr als wel als een ordening, samenvoeging en consolidatie van wetgeving die de voorbije jaren stapsgewijze werd aangebouwd in aparte wetten. Met de inwerkingtreding van Boek 10 BW zal het sowieso even wennen zijn aan nieuwe artikelnummers, maar inhoudelijk is dus eigenlijk niet zoveel nieuws op komst.

4. Zie bijv. het themanummer over Boek 10 BW in *NIPR* 2010/3, het themanummer over Boek 10 BW in *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010/8 en een reeks artikelen over Boek 10 BW in *WPNR*.
5. De controle door het Hof van Justitie vindt zowel plaats in de zin van controle door het Hof op de toepassing van Europese ipr-regels – zie bijv. uitspraken van het Hof van Justitie waarbij een uitlegging wordt gegeven van de EEX-Verordening, of nog, van de Brussel II bis-Verordening –, als op de verenigbaarheid van nationale ipr-regels met Europees recht – zie bijv. uitspraken van het Hof van Justitie waarbij nationale ipr-regels inzake vennootschapsrecht en namenrecht werden getoetst.
6. Over de wijzigingen die op ipr-vlak zijn doorgevoerd door het Verdrag van Lissabon, zie G.-R. de Groot en J.-J. Kuipers, 'The new provisions on private international law in the Treaty of Lisbon', *Maastricht Journal* 2008, p. 109-114.
7. V. Van Den Eeckhout, 'Tien jaar Europees internationaal privaatrecht: een verrassende metamorfose van exotisch muurbloempje tot goed geïntegreerde deelnemer in diverse gezelschappen', *NTer* 2005/11-12, p. 289-303.

8. Het prille begin van het Nederlandse codificatieproject dateert van tientallen jaren geleden. Zie hierover H.U. Jessurun D'Oliveira, 'Is een codificatie van het Nederlands ipr nog zinvol? Oftewel, geloven we nog in Boek 10 BW?', *NTBR* 2005/9, p. 425-428, waar hij het totstandkomingsproces van de Nederlandse ipr-codificatie schetst en daarbij onder meer melding maakt van een departementaal voorontwerp van de Wet IPR van oktober 1980 (het 'Blauwe Boekje') evenals van een departementaal ontwerp van 1992 (het 'Rode Boekje'). In de memorie van toelichting bij Wetsvoorstel Boek 10 Burgerlijk Wetboek (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 137, nr. 3, p. 2) wordt gesteld dat als aanvang van de codificatie de totstandkoming van de Wet van 25 maart 1981 (conflictenrecht echtscheiding) kan worden aangemerkt en dat het meest recente onderdeel is vervat in de op 1 mei 2008 in werking getreden Wet conflictenrecht goederenrecht (wet van 25 februari 2008, *Stb.* 2008, 70).
9. Over het verrassende karakter van de Europese ipr-ontwikkelingen, zie eveneens V. Van Den Eeckhout, 'Tien jaar Europees internationaal privaatrecht: een verrassende metamorfose van exotisch muurbloempje tot goed geïntegreerde deelnemer in diverse gezelschappen', *NTer* 2005/11-12, p. 289-303.
10. H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Is een codificatie van het Nederlandse IPR nog zinvol? Oftewel, geloven we nog in Boek 10 BW?', *NTBR* 2005/9, 425-428.

Alertheid blijft wel geboden: zo is bijvoorbeeld de formulering van de regels van toepasselijk recht inzake echtscheiding¹¹ nu expliciet gericht op toepasselijkheid van Nederlands recht. Maar streefdoel van de codificatie is toch vooral het ipr toegankelijker te maken door het opnemen van de diverse regels – zowel familierechtelijk als vermogensrechtelijk – in een enkel Boek 10 BW.¹² Het ziet ernaar uit dat een en ander er in die zin inderdaad toegankelijker en eenvoudiger op zal worden.

Wel is in Boek 10 BW niet het algehele ipr te vinden, want het uitgangspunt is dat men enkel regels van toepasselijk recht en dus niet procesrechtelijke ipr-regels van bevoegdheid of erkenning in dit Boek 10 BW wou opnemen.¹³ Procesrechtelijke ipr-regels moeten in andere bronnen¹⁴ gezocht worden. In familierechtelijke materies wordt op dit uitgangspunt her en der wel uitzondering op de regel gemaakt: zo zijn in Boek 10 BW bijvoorbeeld regels te vinden over de erkenning van echtscheidingen of geregistreerde partnerschappen.¹⁵ Maar in de kern gaat het in Boek 10 BW dus om verwijzingsregels. Zo wordt in Boek 10 BW als het ware een nationaal navigatiesysteem voor grensoverschrijdende vluchten uitgezet. De overgrote meerderheid van die verwijzings- c.q. navigatieregels zijn momenteel reeds gekend want momenteel in gelding – als aparte wetten –, maar worden nu gesystematiseerd opgenomen in de opeenvolgende titels van Boek 10 BW: Titel 2 De Naam, Titel 3 Het Huwelijk, Titel 4 Het geregistreerd partnerschap, Titel 5 Afstamming, Titel 6 Adoptie, Titel 7 Overige onderwerpen van familierecht, Titel 8 Corporaties, Titel 9 Vertegenwoordiging, Titel 10 Goederenrecht, Titel 11 Trustrecht, Titel 12 Erfrecht, Titel 13 Verbintenissen uit overeenkomst, Titel 14 Verbintenissen uit andere bron dan overeenkomst en tenslotte Titel 15 Enkele bepalingen met betrekking tot het zeerecht, het binnenvaartrecht en het luchtrecht.

Nieuw ten aanzien van de huidige situatie is wel dat in Boek 10 BW de specifieke verwijzingsregels zullen worden voorafgegaan door een aantal ‘Algemene Bepalingen’ – samengebracht in Titel 1 Boek 10 BW –¹⁶ waarin algemene leerstukken aan de orde komen, zoals voorangsregels en openbare orde. In die algemene bepalingen is bijvoorbeeld ook de bepaling te vinden dat ipr-regels evenals vreemd recht ambtshalve moeten worden toegepast. Als een zaak internationaal is – waarbij overigens wel nog enige discussie zou kunnen bestaan over het antwoord op de vraag wanneer precies een rechts-

verhouding als internationaal moet worden beschouwd –, moet er dus sowieso mee gestart worden ipr-regels in te schakelen. Ipr-regels kunnen niet genegeerd worden. De inschakeling van ipr-regels is dus als het ware een verplicht openingsnummer in internationale verhoudingen. De regel van ambtshalve toepassing van ipr-regels én vreemd recht wordt nu gecodificeerd in artikel 2 Boek 10 BW. Op zich is de formulering van deze regel in Nederland eigenlijk niets nieuws onder de zon, het gaat hier om een regel die al gangbaar is in Nederland.

En zo is het gesteld met vele regels van Boek 10 BW. De ambitie de huidige situatie waar aangewezen gewoon te bestendigen in Boek 10 BW, blijkt bijvoorbeeld ook in het niét wettelijk regelen van de kwestie van surrogaatrecht;¹⁷ in de Algemene Bepalingen is wel een expliciete regel te vinden over de exceptie van openbare orde,¹⁸ maar de keuze over het surrogaatrecht dat zou moeten worden ingeschakeld na opzijschuiven van het normaal toepasselijke recht op basis van de exceptie van openbare orde wordt niet wettelijk geregeld, evenmin als wettelijk geregeld is welk surrogaatrecht moet worden toegepast als vreemd recht niet kenbaar is: de keuze over het in te schakelen surrogaatrecht wil de wetgever blijven overlaten aan de praktijk. Overigens blijkt een specifieke regel als artikel 5 lid 1 Wet Conflictenrecht Namenrecht over onkenbaar namenrecht wel behouden in de codex, met name in artikel 23 Boek 10 BW.

Situering van Boek 10 BW in een context van Europeanisatie van het ipr

Het aanstippen van ipr-regels inzake namenrecht plaatst de bespreking van Boek 10 BW onvermijdelijk binnen de thematiek van Europeanisatie van het ipr. In het internationaal namenrecht is men immers genoegzaam bekend met het fenomeen van inmenging van Europa in nationaal ipr – dit door middel van de uitspraken *Garcia Avello*¹⁹ en *Grunkin*²⁰ van het Hof van Justitie waarbij nationale regelgeving getoetst werd aan conformiteit met regels van Europees recht. In Nederland rees de voorbije jaren de vraag in hoeverre in de Nederlandse regelgeving wel voldoende uitwerking was gegeven aan de Europese rechtspraak. Zo rees de vraag of artikel 2 Wet Conflictenrecht Namenrecht – waaraan de Neder-

11. Zie art. 56 Boek 10 BW – in vergelijking met art. 1 Wet Conflictenrecht echtscheiding.

12. Zie de memorie van toelichting bij Wetsvoorstel Boek 10 Burgerlijk Wetboek (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 137, nr. 3, p. 1).

13. Over ipr-bepalingen die niet in Boek 10 BW zijn opgenomen, zie ook de memorie van toelichting bij Wetsvoorstel Boek 10 Burgerlijk Wetboek (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 137, nr. 3, p. 3, onder 1.4) inzake bepalingen over het interregionaal privaatrecht binnen het Koninkrijk der Nederlanden, evenals p. 5 (onder 1.9) inzake ipr-bepalingen ter uitvoering van de Europese consumentenrichtlijn.

14. Van supranationale herkomst – zie vooral de EEX-Verordening en de Brussel II bis-Verordening – dan wel van nationale herkomst – zie vooral art. 1-14 evenals art. 431 Rv.

15. Zie art. 57 e.v. evenals art. 61 e.v. Boek 10 BW.

16. Zie art. 1-17 Boek 10 BW.

17. Zie hierover ook V. Van Den Eeckhout, ‘Enkele aandachtspunten aangaande de omgang met IPR-regels en vreemd recht volgens het voorgestelde Boek 10 BW. Een nationale IPR-codificatie in een context van Europeanisatie van het IPR’, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010/9, p. 228-233. Daar maakte ik ook melding van eventuele toekomstige inmenging vanuit Europa in deze materie, zie hierover ook G. Palao Moreno, J.L. Iglesias Buhigues en C. Esplugues Mota (red.), *Application of Foreign Law*, Munich: Sellier European Law Publishers, te verschijnen januari 2011 evenals ook, kort, infra.

18. M.n. art. 6 Boek 10 BW.

19. HvJ EG 2 oktober 2003, zaak C-148/02.

20. HvJ EG 14 oktober 2008, zaak C-353/06.

landse wetgever na de uitspraak *Garcia Avello* niet heeft gesleuteld – na deze uitspraken wel onverkort door de Nederlandse ABS en rechter mocht worden toegepast.²¹ Uiteraard benieuwt het of de wetgever de huidige status quo op het vlak van regelgeving inzake namenrecht heeft behouden in Boek 10 BW. Welnu, de Nederlandse wetgever heeft de gelegenheid van codificatie van het ipr niet willen aangrijpen om de door sommigen bepleite aanpassing van het Nederlandse internationaal namenrecht door te voeren. Artikel 2 Wet Conflictenrecht Namen is bestendigd in artikel 20 Boek 10 BW.

Zo blijft de vraag naar onverkorte toepassing van de regels ook nog naar de toekomst toe bestaan; mogelijk zullen ook naar de toekomst toe sommige rechters zover gaan de regels van de codex niet onverkort toe te passen, onder het motto dat Europees recht voorgaat – een principe van voorrang van Europees recht dat zelf ook bevestigd wordt in artikel 1 Algemene Bepalingen Boek 10 BW.

Hier blijkt dat regels van de codex die bekeken vanuit het perspectief van conformiteit met Europees recht controversieel zijn, zouden kunnen worden voorgesteld als artikelen met een louter optisch effect, als vormen van gezichtsbedrog. Want er staat dan wel een regel in de codex, maar de regel wordt bij nader inzien niet, of althans niet altijd, toegepast zoals hij er staat. De reden daarvoor kan dan zijn²² dat sommige rechters menen dat rechtspraak van het Hof van Justitie hen ertoe dwingt de nationale regels in bepaalde, 'Europese',²³ gevallen niet of op een welbepaalde manier toe te passen – zie, bij hantering van de Wet Conflictenrecht Namen, uitspraken zoals die van het Hof 's-Hertogenbosch van 27 januari 2004,²⁴ evenals van de Rechtbank Haarlem van 5 augustus 2008²⁵ waarbij in weerwil van artikel 2 Wet conflictenrecht Namen Spaans respectievelijk Portugees recht werd toegepast, onder verwijzing naar de uitspraak *Garcia Avello* van het Hof van Justitie. Ook bij hantering van de Belgische ipr-codex is men bekend met het fenomeen dat wordt beweerd dat ipr-regels uit de

Belgische codex niet onverkort mogen worden toegepast – bijvoorbeeld in het namenrecht waar artikelen van de Belgische codex door sommigen in strijd worden geacht met de uitspraken *Garcia Avello* en *Grunkin*,²⁶ of nog, in het vennootschapsrecht waarbij de codex niet in overeenstemming zou zijn met het arrest *Überseering*²⁷ van het Hof van Justitie;²⁸ betoogd wordt dan dat de Belgische ipr-regels, daar waar ze conflicteren met Europees recht, niet als zodanig mogen worden toegepast – bijvoorbeeld indien artikel 110 van de Belgische ipr-codex ertoe mocht leiden dat aan een vennootschap waarvan de werkelijke zetel zich in België bevindt maar de statutaire zetel in een ander Europees land, het recht zou worden ontzegd zich te beroepen op rechtsbekwaamheid en procesrecht op grond van het recht van de statutaire zetel.

Zo zal mogelijk worden betoogd dat ook de gebruiker van Boek 10 BW niet blindelings mag afgaan op wat er in de Nederlandse codex staat. Zo gesteld, zal de gebruiker van Boek 10 BW niet met de ipr-codex in de hand achterover kunnen gaan leunen. Want door het proces van Europeanisatie van het ipr kan dan blijken dat wat door de Nederlandse wetgever aan de ipr-beoefenaar mooi wordt geserveerd in de vorm van een nationale ipr-regeling bij nader inzien niet mag worden gegeten zoals het is opgediend.

Nationale ipr-codexen zijn dezer jaren dus mogelijk toch niet zo makkelijk hanteerbaar,²⁹ nu men toch bedacht moet blijven op die Europese impact, die zich zowel manifesteert in de vorm van veroordelingen van nationaal ipr door het Hof van Justitie als in de vorm van uitvaardiging van ipr-verordeningen evenals aanpassing van reeds bestaande verordeningen.

Het razendsnelle tempo van uitvaardiging van almaar nieuwe ipr-verordeningen en aanpassing ervan is ook een complicatie bij toepassing van de Nederlandse codex; want in de Nederlandse codex c.q. de memorie

21. Zie over de impact van de uitspraak *Garcia* o.a. E. Gubbels, 'Recente ontwikkelingen in het Europese recht, Over rijbewijzen, omwegen en... een dubbele naam voor iedereen!', *Burgerzaken en Recht* 2003, p. 374; G.-R. de Groot en S. Rutten, 'Op weg naar een Europees IPR op het gebied van het personen- en familierecht', *NIPR* 2004, p. 273-282 evenals B. Weijgers, 'Op weg naar eenheid in het toepassen van het namenrecht dat continue in beweging is', *Burgerzaken en recht* 2008/10, p. 299-303.
22. Een andere reden dat een regel uit een nationale ipr-codex geen toepassing krijgt, kan zijn dat er Europese regelgeving bestaat die voorgaat op nationale regelgeving en dat die Europese regelgeving een zo ruim toepassingsgebied heeft dat nationale regels eigenlijk nauwelijks nog aan bod kunnen komen. Bij hantering van de Belgische ipr-codex is men er bekend mee dat regels uit de codex soms ledig en overbodig blijken doordat Europese regels alles opslorpen. Dit fenomeen doet zich bijv. voor ten aanzien van Belgische regels van toepasselijk recht inzake onrechtmatige daad.
23. De Rechtbank 's-Gravenhage hield in een uitspraak van 12 juli 2004 (*NIPR* 2004/321), inzake de naamsaangifte van een Nederlands-Russisch kind vast aan onverkorte toepassing van art. 2 Wet Conflictenrecht Namenrecht.
24. Hof 's-Hertogenbosch 27 januari 2004, *NIPR* 2004/106, inzake de naamsaangifte van een Nederlands-Spaans kind.
25. Rb. Haarlem 5 augustus 2008, LJN BF1973, inzake de naamsaangifte van een Nederlands-Portugees kind.

26. Zie J. De Meyer, 'Het arrest Grunkin en Paul van het Europese Hof van Justitie en zijn impact op de nationale regels van internationaal privaatrecht', *Tijdschrift@ipr.be* 2008/4, p. 82-86.
27. HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00.
28. Zie C. Tubeuf, 'Article 110. Droit applicable à la personne morale' in: J. Erauw e.a. (red.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht commentariseerd*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 577.
29. Over dwalingen die sowieso kunnen bestaan, ook na uitvaardiging van een nationale ipr-codex, zie ook V. Van Den Eeckhout, 'Iedereen wordt geacht de wet te kennen. Maar wie wordt anno 2009 geacht alle ipr-regels te kennen? "Dwaling" in een context van Europeanisatie van het ipr', *Nieuw Juridisch Weekblad* 2009, p. 837-840 (in uitgebreide versie te raadplegen via <http://media.leidenuniv.nl/legacy/njweekblad-langeversie-weBSITE.pdf>).

van toelichting worden weliswaar her en der³⁰ verwijzingen opgenomen naar supranationale ipr-regelgeving, maar de verwijzingen die nu in de codex staan of waarvan in de memorie van toelichting gewag wordt gemaakt, kunnen snel achterhaald raken of onvolledig blijken.

‘(...) wordt (...) de wetstoepasser in de toelichting gewezen op de belangrijkste internationale instrumenten, waarbij voor ogen gehouden moet worden dat het gaat om een momentopname zonder pretentie van volledigheid. Bij dit alles is van belang op te merken dat aan het ontbreken van de vermelding van een bepaald verdrag niet een a contrario redenering mag worden verbonden, in die zin dat uit de niet-vermelding moet worden afgeleid dat dit verdrag naar het inzicht van de wetgever niet van toepassing is’,

aldus ook de memorie van toelichting.³¹ Kennis van aanpassing van reeds bestaande ipr-verordeningen kan bij toepassing van Boek 10 BW bovendien ook belangrijk zijn in situaties waarbij in de Nederlandse codex gebruik is gemaakt van het procédé van afstemming van nationale ipr-regels op Europese ipr-regels: in die situaties zou zich de situatie kunnen voordoen dat in de codex nog verwezen wordt naar een supranationale bron die inmiddels reeds is aangepast. Het procédé van afstemming van nationale regels op Europese regels wordt in Boek 10 BW meermaals gehanteerd. Zo wordt in artikel 159 van Titel 14 (Verbintenissen uit andere bron dan overeenkomst) van Boek 10 BW inzake het recht toepasselijk op verbintenissen uit andere bron dan overeenkomsten voorzien: ‘Op verbintenissen die buiten de werkingssfeer van de Verordening “Rome II” en de terzake geldende verdragen vallen en die als onrechtmatige daad kunnen worden aangemeld, zijn de bepalingen van de Verordening “Rome II” van overeenkomstige toepassing’.³² Hier wordt gebruik gemaakt van een in Nederland beproefd procédé, zie bijvoorbeeld de terugkoppeling in artikel 4 Rechtsvordering naar de bevoegdheids-

regels van de Brussel II bis-Verordening.³³ Vermeldenswaard hierbij is met name een Italiaanse procedure waarin de Italiaanse rechter werd geconfronteerd met de situatie dat in de Italiaanse codex een afstemming van nationale regels aan supranationale regels was doorgevoerd door middel van verwijzing in de codex naar het EEX-Verdrag, maar een zaak speelde op het ogenblik dat het EEX-Verdrag wel al was omgezet in een verordening maar in de Italiaanse codex zelf nog de verwijzing naar het EEX-Verdrag was gehandhaafd.³⁴ Hoe men ook met dergelijke situaties om wil gaan, sowieso blijkt ook hier hoezeer uitvaardiging en aanpassing van almaar nieuwe ipr-verordeningen het gebruik van een nationale ipr-codex kan compliceren.

Wel wordt door de Nederlandse doctrine enige service geboden aan de gebruiker van Boek 10 BW; zo wordt in de themanummers van verschillende tijdschriften over Boek 10 BW gepoogd per materie een en ander op een rijtje te zetten en zo de hulp te bieden aan te geven welke Europese verordeningen precies de nationale voorafgaan, welke verordeningen te verwachten zijn en welke Europese uitspraken de nationale regels zouden kunnen doorkruisen. Maar de rechtsleerartikelen bieden zelf ook slechts een momentopname, terwijl het proces van Europeanisatie van het ipr een niet-aflatend proces is, soms onverwachts snel gaat en zich afspeelt op heel diverse terreinen. Zo zijn diverse ipr-verordeningen in het internationaal familierecht op komst c.q. in de maak – bijvoorbeeld inzake alimentatie, echtscheiding, huwelijksvermogensrecht, erfrecht. Ook loopt momenteel een Europees onderzoek naar de vraag of de ambts-halve dan wel facultatieve toepassing van ipr-regels en de problematiek van het surrogaatrecht niet veeleer Europees dan nationaal moet worden geregeld.³⁵ Zodoende blijkt de Nederlandse wetgever bij nader inzien soms maar een beperkte speelruimte³⁶ te bezitten, waarbij de instructies van bovenaf elkaar in snel tempo opvolgen.

Uiteraard is nog wel denkbaar dat vanuit Nederland pogingen worden ondernomen om op Europees niveau regels te laten uitvaardigen die de Nederlandse ipr-opvattingen weerspiegelen en deze als het ware extrapoleren – zoals momenteel wordt geprobeerd op het

30. Zie bijv. art. 125 lid 1 Boek 10 BW inzake Vertegenwoordiging (‘Het recht dat toepasselijk is op vertegenwoordiging wordt bepaald door het op 14 maart 1978 te ‘s-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag betreffende het toepasselijke recht op vertegenwoordiging (Trb. 1978, 138)’. Als basisuitgangspunt is er in Boek 10 BW echter voor gekozen af te zien van in de wet bij ieder onderwerp alle mogelijke toepasselijke internationale en communautaire regelingen in de wet te incorporeren. Van een opsomming in de wet van deze regelingen is eveneens afgezien. ‘Een dergelijke opsomming zou slechts nut hebben als zij juist en volledig zou zijn. Dit zou nopen tot een frequente aanpassing van de wet, waarbij onnauwkeurigheden niet geheel uitgesloten zijn’, aldus de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 137, nr. 3, p. 7).

31. Zie de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 137, nr. 3, p. 7-8).

32. Bij de invoering van Boek 10 zal de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad worden opgeheven. Overigens rijst de vraag in hoeverre de Nederlandse rechtspraak bij toepassing van de Rome II-Verordening de eerstvolgende jaren zich wel nog zal laten inspireren door de Nederlandse rechtspraak inzake de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige daad – bijv. in geval van confrontatie met ‘omissiedelicten’.

33. Over de vraag of het Hof van Justitie in een zodanig geval prejudiciële bevoegdheid heeft tot uitlegging van nationale ipr-bepalingen, zie M.V. Polak, ‘Inspiration from above: making and interpreting Dutch law on jurisdiction in Civil and Commercial Matters in Light of European Law’, in: H. Snijders en S. Vogenauer (red.), *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law*, Munich: Sellier European Law Publishers 2009, p. 113-131.

34. Zie hierover ook de berichtgeving en verdere verwijzingen geplaatst in een bericht d.d. 29 november 2010 op <http://conflictoflaws.net/2010/the-living-dead-convention/#comments>, benoemd als ‘The living dead convention’.

35. Het rapport daarvan wordt uitgebracht in het in januari 2011 te verschijnen boek van G. Palao Moreno, J.L. Iglesias Buhigues en C. Esplugues Mota (red.), *Application of Foreign Law*, Munich: Sellier European Law Publishers.

36. Boeiend hierbij is de analyse van wijzen waarop een EU-land c.q. een groep EU-landen nog steeds kan pogen een ‘eigen’ benadering te bewerkstelligen – bijv. via een welbepaalde omgang met ‘ontsnappingsclausules’.

domein van migratie³⁷ – , maar daarvoor is dan wel de medewerking van andere landen nodig, hetgeen allesbehalve een evidentie is.

Afronding. Toekomst: Europese aswolken blijven het nationaal navigatiesysteem doorkruisen c.q. verstoren

Weldra zal kunnen worden gesteld dat in Nederland het codificatieproces volledig is afgerond. Wanneer Boek 10 BW in werking zal zijn getreden, zal alleszins niet meer kunnen worden gesproken van ‘het verdriet van Nederland’ als men het heeft over codificatie van het ipr omdat het Nederlandse ipr-codificatieproces nog niet is afgerond, zoals Polak dat eerder deed. Als ik nu nog even de spreektaal van Polak aanhoud zoals hij destijds in bijna tragikomische bewoordingen sprak van ‘het verdriet van Nederland’ en zelf Shakespeare, als een van de grootmeesters van de tragikomedie, parafraseer, laat mij dan de vraag opwerpen of deze Nederlandse ipr-codificatie zoals die wordt doorgevoerd eigenlijk al met al misschien niet zo ophefmakend is maar veeleer ‘Much Ado About Nothing’? Welnu, zuiver inhoudelijk bekeken – in een vergelijking tussen het momenteel van kracht zijnde ipr en het ipr zoals dat zal gelden na inwerkingtreding van Boek 10 BW – zou inderdaad kunnen worden gesproken van ‘Much Ado About Nothing’: inhoudelijk brengt Boek 10 BW niet veel nieuws onder de zon.

Wel zal het Nederlandse ipr na de codificatie allicht toegankelijker zijn. Maar, het Nederlandse codificatieproces moge dan wel weldra zijn eindpunt hebben bereikt, de Europese dynamiek lijkt nog lang geen eindpunt te hebben bereikt. Shakespeare nog even verder parafraserend, zou kunnen worden gesteld: ‘To codify or not to codify, that *was* the question, to unify or not to unify – of nog, to interfere or not to interfere –, that *will be* the question.’ Dat er nog meer ipr-verordeningen op komst zijn, staat buiten kijf. En wat betreft de inmenging van het Hof van Justitie: nu al bestaat discussie over de conformiteit van bepaalde regels van Nederlands ipr met uitspraken van het Hof van Justitie. Naargelang almaar meer justitiabelen de weg vinden naar het Hof van Justitie, zal dit kunnen leiden tot almaar meer uitspraken waarbij nationaal ipr strijdig wordt bevonden met Europees recht, met discussies tot gevolg over de

reikwijdte van de uitspraak – en de houdbaarheid van nationale ipr-regels.³⁸

De Europese ipr-klimopgroei blijft, kortom, over en door het nationale ipr woekeren. Bekeken vanuit het oogpunt van inmenging van Europa in het ipr van de lidstaten, kan zodoende worden afgedongen op de ultieme gebruiksvriendelijkheid van Boek 10 BW: de Nederlandse ipr-beoefenaar zal niet blindelings mogen vertrouwen op Boek 10 BW maar zal rekening moeten houden met hetgeen zich op Europees ipr-vlak afspeelt – Europese tsunami’s die het Nederlandse ipr-land overspoelen.

De vergelijking van de Europese ipr-dynamiek met overweldigende natuurfenomenen, vooral in termen van overstromingen en zelfs tsunami’s, is de voorbije jaren gangbaar geworden. Waar ik hiervoor al aangaf dat door middel van de invoering van Boek 10 BW als het ware een nationaal navigatiesysteem voor internationale vluchten wordt uitgezet, zou ik daarbij aansluitend van nog een ander natuurfenomeen gewag kunnen maken, te weten het fenomeen van vulkaanuitbarstingen: de Europese inmenging roept het beeld op van een vulkaan die as spuwt waardoor nationale navigatiesystemen en internationaal vliegverkeer worden verstoord. De uitbarstingen nopen soms tot een terugtrekken c.q. vliegen op een andere hoogte en tot navolging van supranationaal uitgezette vliegroutes. De nationale en supranationale vliegroutes snijden elkaar in de lucht niet noodzakelijk; veeleer kruisen ze elkaar zonder elkaar te snijden, maar soms ook wordt een nationaal uitgezette vliegroute ineens overgenomen door een supranationale, of is er mogelijk over en weer beïnvloeding door de turbulentie veroorzaakt door de rookpluimen van vliegtuigen die de onderscheiden routes volgen.

Van totaal onverwachte uitbarstingen waarbij aswolken worden geproduceerd, kan dezer jaren – nu het proces inmiddels reeds meerdere jaren aan de gang is – niet meer worden gesproken. Wel vertonen de uitbarstingen voorsnog een vrij grillig karakter, maar de Europese vulkaan is reeds jaren actief en het ziet er niet naar uit dat de vulkaan de eerstkomende tijd weer zal inslapen. Alles wijst erop dat de aswolken zullen blijven komen.

Aan het effect van die Europese aswolken kan men zich hoegenaamd niet onttrekken door een proces van codificatie van het ipr. Tegen de Europese inmenging in het nationaal ipr is een nationale wetgever evenmin als een nationale rechter bestand. Europese inmenging was er al voor de codificatie en Europese inmenging zal er ook nog zijn na de codificatie. Ook in die zin is er dus niets nieuws onder de zon met de komst van Boek 10 BW.

37. Overigens wordt momenteel vanuit de Nederlandse migratiepolitiek ook nadrukkelijk druk uitgeoefend op het ipr, zie m.n. *Kamerstukken* 32 175 inzake huwelijks- en gezinsmigratie.

38. Vermeldenswaard is overigens dat in het internationaal namenrecht een nieuwe zaak hangende is, m.n. de zaak *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, conclusie 14 oktober 2010. Zie overigens ook over de mogelijke impact op de omgang met multipatridie van een uitspraak als *Hadadi* waarbij het Hof van Justitie een artikel van de Brussel II bis-Verordening uitlegde in confrontatie met een situatie van multipatridie, V. Van Den Eeckhout, ‘Het beroep op of het bezit van een nationaliteit in geval van dubbele nationaliteit. Enkele aantekeningen naar aanleiding van de uitspraak *Hadadi* (zaak C-168/08) van het Hof van Justitie’, *NTER* 2009/10, p. 307-316. In Boek 10 BW is geen Algemene Bepaling inzake omgang met multipatridie opgenomen.